
Pra 95 (2006) Nr. 147**Bundesgericht, I. Zivilabteilung****Entscheid vom 05.12.2005 i.S. Gesellschaft X c. A. und 18 weitere Beteiligte (4C.313/2005)**

Übersetzt von IRMGARD GRAF

(Originaltext französisch. Publikation in der Amtlichen Sammlung erfolgt.)

BGE 132 III 172

Berechnung des auf die Ferien entfallenden Lohnes; Nachtarbeit, Arbeit an Wochenenden und Feiertagen (Art. 329 d OR). *Werden die zusätzlich zum Grundlohn als Ausgleich für Nacht-, Wochenend- sowie Feiertagsarbeit erbrachten Leistungen regelmässig und während einer gewissen Dauer ausgerichtet, so sind sie bei der Berechnung des auf die Ferien entfallenden Lohnes nach Art. 329 d Abs. 1 OR zu berücksichtigen (E. 3).*

Sachverhalt:

Das von der Gesellschaft X in W. betriebene Call Center stand der Kundschaft an 7 Tagen in der Woche rund um die Uhr zur Verfügung. Laut den Anstellungsverträgen des dort tätigen Personals konnte die Arbeitszeit gemäss einer periodischen Planung auf Tages- wie auf Nachtstunden, einschliesslich der Wochenenden und Feiertage, verteilt werden. Art. 1 des den Mitarbeitern ausgehändigten Arbeitsreglements definierte die vertraglich geregelte Arbeit als Schichtarbeit rund um die Uhr an 7 Tagen in der Woche. Für Nacht- und Wochenendarbeit erhielten die Beschäftigten eine zusätzlich zum Grundlohn ausgerichtete Entschädigung.

Die Beschäftigten hatten Anspruch auf fünf Wochen Ferien. Die Frage der Festsetzung des Ferienlohns war weder in den Arbeitsverträgen noch im Arbeitsreglement geregelt.

In der Praxis wurde der von den Arbeitnehmern während ihrer Ferien bezogene Lohn nach dem Grundlohn, ohne Einbezug der für Nacht-, Wochenend- und Feiertagsarbeit ausgerichteten Entschädigungen berechnet.

Neunzehn Angestellte der Gesellschaft X, die im Call Center von W. arbeiteten, welches im April 2003 den Betrieb einstellte, reichten je einzeln Klage beim Arbeitsgericht des Kreises Lausanne ein. Da ihrer Auffassung nach der auf die Ferien entfallende Lohn auf der Grundlage ihres gesamten Monatslohnes hätte berechnet werden müssen, verlangten sie von X Nachzahlungen in Höhe von 10.6 % der für unregelmässige Arbeit bezogenen Entschädigungen. Der Gesamtbetrag ihrer Forderungen belief sich auf CHF 28 012.25.

Pra 95 (2006) Nr. 147

1014



Mit Urteil vom 3. August 2004 hiess das Arbeitsgericht ihre Klage gut. Auf Beschwerde von X hin bestätigte die Beschwerdekammer des Waadtländer Kantonsgerichts den erstinstanzlichen Entscheid.

X legt beim Bundesgericht Berufung ein.

Aus den Erwägungen:

1.–2. [. . .]

3.

In ihrem Hauptstandpunkt beruft sich die Beschwerdeführerin auf eine Verletzung von Art. 329 d OR. Sie macht im Wesentlichen geltend, dass die für Nacht-, Wochenend- oder Feiertagsarbeit entrichteten Vergütungen Inkonvenienzentschädigungen darstellten, die nicht regelmässig erfolgten und daher nicht in den auf die Ferien entfallenden Lohn einzubeziehen seien.

3.1 Gemäss Art. 329 d Abs. 1 OR hat der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer für die Ferien den gesamten darauf entfallenden Lohn und eine angemessene Entschädigung für ausfallenden Naturallohn zu entrichten. Aus dieser Bestimmung wird abgeleitet, dass der Arbeitnehmer während den Ferien lohnmassig nicht schlechter gestellt werden darf, als wenn er in dieser Zeit gearbeitet hätte (BGE 129 III 493 E. 3.1 = **Pra 2004 Nr. 7**; BGE 129 III 664 E. 7.3 = **Pra 2004 Nr. 67**; BGE 118 II 136 E. 3 b = **Pra 82 Nr. 37**). In Anwendung dieses Prinzips vertritt die Lehre die Auffassung, dass der auf die Ferien entfallende Lohn auf der Grundlage des gesamten Monatslohnes zu berechnen sei. Die namentlich zur Abgeltung von Überstunden oder für Nacht- oder Sonntagsarbeit bezahlten Entschädigungen sind zu berücksichtigen, soweit sie regelmässig und während einer gewissen Dauer entrichtet werden (ZK-STAEHELIN, N 9 zu Art. 329 d OR; BK-REHBINDER, N 2 f. zu Art. 329 d OR; CR CO I-AUBERT, N 2 zu Art. 329 d OR; BRÜHWILER, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, 2. Aufl., Bern 1996, N 1 zu Art. 329 d OR; CEROTTINI, Le droit aux vacances, Diss. Lausanne 2001, S. 194 f.). In einem nicht veröffentlichten Entscheid äusserte sich auch das Bundesgericht in diesem Sinne: Es betonte, dass der geschuldete Ferienlohn auf der Grundlage des gesamten Monatslohnes zu berechnen sei, und berücksichtigte verschiedene vom Arbeitgeber geleistete Zahlungen sowie Entschädigungen für den ausfallenden Naturallohn, da diese während einer gewissen Dauer oder regelmässig entrichtet worden waren (vgl. Urteil 4C.217/2003 vom 29. Januar 2004 E. 4.3 und 4.4.2).

Die Beklagte möchte sich auf den aus dem Arbeitslosenversicherungsrecht stammenden Begriff der Inkonvenienzentschädigungen berufen, welche nicht im versicherten Verdienst enthalten sind. Die von ihr angeführte Rechtsprechung bestätigt indessen für den Bereich des AVIG (SR 837.0) die oben erwähnten Grundsätze betreffend Art. 329 d Abs. 1 OR. Das Eidgenössische Versicherungsgericht schliesst nämlich keineswegs aus, dass als Ausgleich für

Pra 95 (2006) Nr. 147

1015



nachts und an Wochenenden geleistete Schichtarbeit gewährte Lohnzuschläge bei der Berechnung des versicherten Verdienstes berücksichtigt werden können, wenn diese Zulagen während einer gewissen Dauer und regelmässig entrichtet werden (vgl. BGE 116 V 281 E. 2 d in fine = **Pra 80 Nr. 54**; BGE 115 V 326 E. 4 und 5 b in fine). Der von der Beklagten zuletzt erwähnte Entscheid geht sogar noch weiter, indem er anerkennt, dass die Gratifikationen zum Jahresende in jedem Fall Bestandteil des versicherten Verdienstes sind, ohne Rücksicht auf ihre Klagbarkeit (vgl. BGE 122 V 362).

Die von der Beklagten zitierten kantonalen Entscheide sind ebenfalls lediglich eine Bestätigung dieser Urteile: Im ersten Urteil wird festgehalten, dass eine Provision, selbst wenn sie nur einmal ausbezahlt wird, in Anwendung von Art. 329 d OR berücksichtigt werden muss (ZR 96/1997 Nr. 76 S. 169); im zweiten, die Schiffsfahrt betreffenden Entscheid wird hervorgehoben, dass die dieser Branche eigene Aktivität ein unvermeidliches Flexibilitätselement mit sich bringt und daher die Abgeltung von geleisteten Überstunden als variabler Lohnbestandteil zu betrachten sei, der bei der Berechnung des im Falle der Arbeitslosigkeit versicherten Verdienstes berücksichtigt werden müsse (BJM 1990, S. 240 f.). Der Zürcher Entscheid, auf den sich die Beschwerdekammer stützt und der von der Beklagten ebenfalls erwähnt wird, stellt die gleichen Grundsätze auf, kommt aber zu einer unterschiedlichen Beurteilung der Natur der an die betroffene Arbeitnehmerin entrichteten Entschädigungen, was jedoch nicht ausschlaggebend ist, da jede Beurteilung von den besonderen Umständen des jeweiligen Falles abhängt (vgl. Zeitschrift für Arbeitsrecht und Arbeitslosenversicherung [ARV] 2004, S. 27 ff.).

Zusammenfassend lässt sich aus Rechtsprechung und Lehre der Schluss ziehen, dass die für Nacht-, Wochenend- und Feiertagsarbeit zusätzlich erbrachten Leistungen, soweit sie regelmässig und während einer gewissen Dauer entrichtet werden, bei der Berechnung des auf die Ferien entfallenden Lohnes zu berücksichtigen sind. Die Tatsache, dass die ausgeübte Tätigkeit naturgemäss solche Arbeitszeiten mit sich bringt, ist ein Anhaltspunkt dafür, dass die als Ausgleich entrichteten Entschädigungen die Merkmale aufweisen, die ihre Einbeziehung in den massgebenden Lohn i.S.v. Art. 329 d Abs. 1 OR rechtfertigen.

3.2 Ob im vorliegenden Fall die den Klägern zum Ausgleich für Nacht-, Wochenend- und Feiertagsarbeit

bezahlten Entschädigungen regelmässig und während einer gewissen Dauer entrichtet wurden, hängt von den Tatsachenfeststellungen des angefochtenen Entscheids ab, welche im Rahmen einer Berufung nicht überprüft werden können.

In dieser Hinsicht stellte die Beschwerdekammer fest, dass die von den Klägern für die geleistete Nacht-, Wochenend- oder Feiertagsarbeit bezogenen Entschädigungen nicht die Abgeltung besonderer, mit einem Arbeitseinsatz in diesen Perioden verbundener Kosten zum Ziel hatten. Es handelte sich um übliche, sich wiederholende und normale Leistungen, wie sie im Arbeitsreglement vorgesehen

Pra 95 (2006) Nr. 147

1016



waren, laut welchem sich die Beschäftigten zu Schichtarbeit rund um die Uhr an 7 Tagen in der Woche verpflichteten. Einzig die Höhe dieser Entschädigungen war unregelmässig. Überdies geht aus dem von den erstinstanzlichen Richtern festgestellten und von der Beschwerdekammer übernommenen Sachverhalt hervor, dass sämtliche Kläger, vorbehaltlich bestimmter Perioden, regelmässig Nacht-, Wochenend- oder Feiertagsarbeit leisteten, für die sie eine Entschädigung, meistens in der Höhe von mehreren hundert Franken, beanspruchen konnten. Dass sie nicht regelmässig den gleichen Betrag erhielten, ist auf Schwankungen in den monatlichen Einsatzplänen, welche die Kläger nicht selber erstellt hatten, zurückzuführen.

Auf der Grundlage dieser Elemente kann dem kantonalen Gericht keine Bundesrechtsverletzung vorgeworfen werden. Die von den Klägern im Call Center ausgeübte Tätigkeit war ja naturgemäss mit Nacht-, Wochenend- und Feiertagsarbeit verbunden, wie es das dem Personal ausgehändigte Arbeitsreglement bescheinigt. Ausserdem wurde festgestellt, dass die Kläger in der Praxis im Laufe ihrer Tätigkeit im Call Center, vorbehaltlich einiger bestimmter Perioden, tatsächlich regelmässig und während einer gewissen Dauer gearbeitet haben. Und schliesslich wurden die monatlichen Schwankungen bei den an die Kläger ausbezahlten Entschädigungen zu Recht nicht als massgebend erachtet, da diese Abweichungen von der Organisation der Arbeitszeit, welche der Arbeitgeber festgelegt hatte, abhingen, dabei aber keinen Einfluss auf den ständigen Charakter der Nacht-, Wochenend- und Feiertagsarbeit für das Personal hatten. Unter diesen Umständen weisen die Entschädigungen, welche den Klägern als Ausgleich für ihre Arbeitsleistung während diesen Perioden entrichtet wurden, die Merkmale auf, die ihre Einbeziehung in die Berechnung der angemessenen Entschädigung nach Art. 329 d Abs. 1 OR durch die kantonalen Richter rechtfertigen.

Die Art der Festsetzung der den einzelnen Klägern zugesprochenen Entschädigung ist im Rahmen des vorliegenden Verfahrens nicht zu überprüfen, da dieser Punkt vor der kantonalen Instanz nicht angefochten wurde (Art. 55 Abs. 1 lit. b OG; POUURET, Commentaire de la loi fédérale d'organisation judiciaire, Bd. II, Bern 1990, S. 426 f. N 1.4.3 lit. b zu Art. 55 OG).

3.3 Die von der Beklagten erhobene Kritik erweist sich im Übrigen als unbegründet.

Soweit der Arbeitgeber die Regelmässigkeit der geleisteten Nacht-, Wochenend- und Feiertagsarbeit bestreitet, stellt er die kantonalen Feststellungen in Frage, was nicht zulässig ist.

Aus dem Umstand, dass seitens der Kläger keine Beanstandungen erfolgten, kann die Beklagte nichts zu ihren Gunsten ableiten. Einerseits ist es verständlich, dass die Beschäftigten keine Entschädigungszahlung für die Monate verlangten, während denen sie keine Nacht-, Wochenend- und Feiertagsarbeit leisteten, was gemäss den Tatsachenfeststellungen allerdings die Ausnahme war. Andererseits darf das Ausbleiben einer unmittelbaren Forderung seitens der Kläger nicht als

Pra 95 (2006) Nr. 147

1017



Verzicht auf die Geltendmachung ihrer Rechte ausgelegt werden (vgl. Art. 341 Abs. 1 OR; BGE 126 III 337 E. 7 b S. 344 = [Pra 2001 Nr. 47](#)).

Schliesslich kann der Auffassung der Beklagten nicht gefolgt werden, wenn sie behauptet, die Beschwerdekammer hätte den zusätzlichen freien Tag, der den Klägern als Ausgleich für die mit der Nacht-, Wochenend- und Feiertagsarbeit verbundenen Erschwernisse gewährt worden waren, Rechnung tragen müssen. Dabei übersieht der Arbeitgeber, dass die von ihm erwähnten zusätzlichen freien Tage keine Ferien, sondern eine nach öffentlichem Recht als Ausgleich vorgeschriebene Ruhezeit

darstellen (PORTMANN/PETROVIC, Commentaire de la Loi sur le travail, Bern 2005, N 5 f. zu Art. 22 ArG). Je nach Fall kann der Arbeitgeber von Gesetzes wegen, aufgrund eines Gesamtarbeitsvertrages oder einzelvertraglich zur Zahlung einer Lohnzulage verpflichtet sein. Dieser Lohnzuschlag soll für die mit Nacht-, Wochenend- oder Feiertagsarbeit verbundenen Inkonvenienzen entschädigen, dient jedoch nicht als Abgeltung für den öffentlich-rechtlich vorgeschriebenen Ausgleichsurlaub. Demnach darf die als Ausgleich gewährte Ruhezeit nicht dazu führen, die den Klägern zusätzlich zum Grundlohn ausgerichteten Entschädigungen aus dem auf die Ferien entfallenden Lohn i.S.v. Art. 329 d Abs. 1 OR auszuschliessen.

Unter diesen Umständen muss die Beschwerde abgewiesen werden, soweit auf sie eingetreten werden kann.

4. [. . .]

Pra 95 (2006) Nr. 147

1017 ▲

-